

O CASAMENTO CIVIL HOMOAFETIVO E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

HOMOAFFECTIVE CIVIL MARRIAGE AND THE PRINCIPLE OF HUMAN DIGNITY

Oswaldo Giacoia Junior¹

Dóris de Cássia Alessi²

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo analisar a possibilidade jurídica do casamento civil homoafetivo de maneira adequada ao atual paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito, tendo como fundamento o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Com base na interpretação das leis e na metodologia hermenêutica, visa demonstrar que diante do reconhecimento da união homoafetiva estável, não existe fundamento válido que justifique o não reconhecimento do matrimônio civil entre pessoas do mesmo sexo como instituto consentâneo com a Magna Carta e com novos conceitos jurídico-filosóficos. Para isso, aborda os entendimentos construídos na literatura e na jurisprudência acerca das formas de proteção dos relacionamentos homossexuais. Analisa ainda, sob a perspectiva da filósofa pós-estruturalista estadunidense Judith Butler, a tese da desconstrução do gênero, com enfoque na discussão a respeito da dualidade sexo/gênero. Ao trabalhar com uma perspectiva principiológica, o estudo acaba por conduzir à necessidade do reconhecimento, no ordenamento jurídico brasileiro contemporâneo, do casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Palavras-Chave: princípio da dignidade da pessoa humana; união homoafetiva; relações de gênero; casamento civil homoafetivo.

Abstract: This paper aims to examine the legal possibility of civil homoaffection marriage adequately to the current paradigm of constitutional democratic state, taking as a basis the Principle of Human Dignity. Based on the interpretation of laws and hermeneutic methodology, aims to demonstrate that before the union recognition of stable homoaffection union, there is no valid ground to justify the non-recognition of civil marriage between persons of the same sex as the institute consistent with the Magna Carta and new legal and philosophical concepts. For this, the study discusses the understandings constructed in literature and jurisprudence concerning the forms of protection of homosexual relationships. It also examines the perspective of the post-structuralist U.S. philosopher Judith Butler, thesis of deconstruction of the genre, focusing on the discussion of duality sex/gender. When working with a principled perspective, the study ultimately leads to the need for recognition in contemporary Brazilian legal system, marriage between persons of the same sex.

Keywords: principle of human dignity; homoaffection union; gender relations; homoaffection civil marriage.

Considerações iniciais

No Brasil e no mundo, milhões de pessoas do mesmo sexo convivem em parcerias contínuas e duradouras, caracterizadas pelo afeto e pelo projeto de vida em comum. O casamento civil homoafetivo tem sido objeto de questionamento por parte da comunidade jurídica e de grande parte da população. Os tribunais brasileiros têm

¹ Pós-doutor pela Freie Universität Berlin (1993-1994), Viena (1997-1998) e Lecce (2005-2006). Doutor em Filosofia pela Freie Universität Berlin (1988) e Mestre em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1983). Professor Titular do Departamento de Filosofia-IFCH da Universidade Estadual de Campinas.

² Mestre em Direito pela UNIVEM – Centro Universitário Eurípides de Marília, Pós-Graduação *lato sensu* em Direito Educacional e em Aperfeiçoamento em Direito Público e Privado, Graduação em Direito pela Faculdade de Direito de Franca, Oficial de Registro do Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais e Interdições e Tutelas da Sede da Comarca de Dracena-SP. E-mail: doris.alessi@gmail.com.

debatido amplamente a possibilidade do reconhecimento jurídico das uniões entre pessoas do mesmo sexo, discussões estas que levantam questões de grande relevância para a interpretação das normas constitucionais. Todo questionamento decorre da análise dos princípios constitucionais e das normas que regulam a união estável e os direitos dela decorrentes. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal reconheceu, aplicando, dentre outros, os Princípios Constitucionais da Igualdade e da Dignidade da Pessoa Humana, a união estável homoafetiva. Aplicou tratamento isonômico para casais homossexuais e heterossexuais.

Apesar do avanço nas conquistas dos direitos dos homossexuais, ainda não existem políticas públicas ou leis que garantam o exercício de direitos básicos para todos os cidadãos. Cada direito alcançado é fruto da luta de inúmeras pessoas que desejam apenas o reconhecimento de seus direitos fundamentais, direitos estes garantidos na Constituição Federal de 1988, que possui como um de seus objetivos a liberdade à orientação sexual. A existência das uniões homoafetivas é um fato social. Elas existem e cada vez mais os casais homossexuais procuram formas de garantir segurança e reconhecimento às suas relações. O fato de a Constituição Federal garantir proteção a união estável entre homem e mulher não significa que se deva discriminar ou proibir outro tipo de união formada por pessoas do mesmo sexo. O mesmo aplica-se ao casamento.

O importante é garantir que os preceitos constitucionais sejam aplicados indistintamente a todos os indivíduos. A consagração do princípio da igualdade consiste em tratar situações assemelhadas de forma semelhante, de modo a evitar a discriminação como princípio. O princípio constitucional é o da igualdade como justiça equitativa. Interessante destacar a evolução do conceito de família no ordenamento jurídico vigente. Com a mudança de paradigmas da sociedade e de seus valores, nossa Magna Carta reconheceu outras espécies de família além daquelas formadas pelos laços do matrimônio. Atualmente, a família funda-se, sobretudo, no apoio afetivo e emocional das pessoas nela integradas. Assim, as famílias de hoje são formadas tendo como fundamento os laços afetivos. O que delineia uma base familiar é a convivência afetiva das pessoas, o afeto, que deve gerar efeitos na órbita do Direito de Família, para além deste ou daquele posicionamento ideológico, sociocultural específico ou religioso.

No sentimento que se expressa nas relações afetivas é que se encontra o alicerce para construção da família; ela é a razão de ser da proteção constitucional. Considerando que a Ordem Constitucional pátria possui como um de seus fundamentos essenciais o primado da democracia, é de suma importância visualizar a observância, pelo legislador constituinte, do acolhimento do afeto como um direito fundamental decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana, trazido no art. 1º, III, da Carta Magna. É possível afirmar que a afetividade foi elevada à categoria de princípio constitucional, direito fundamental.

Academicamente o tema é pertinente, em virtude de se apresentar como tema de um novo debate: se a união estável entre duas pessoas do mesmo sexo é juridicamente possível, por que não estender seus efeitos e reconhecer o direito ao casamento civil homoafetivo?

O presente trabalho visa a responder tal indagação. Para tanto, foram utilizados, como base, fundamentos teórico-jurídicos, e como pressupostos os Princípios da Igualdade e da Dignidade da Pessoa Humana. A repercussão das relações homoafetivas vem passando por profundas transformações, principalmente no que se refere à sua proteção. Os desejos da sociedade, em luta por ver reconhecidos seus anseios, devem ser

levados em conta pelo Estado e pelo Direito, de modo a construir-se um novo conceito de entidade familiar.

O Direito como elemento de regulação dos conflitos sociais, deve ordenar normativamente a vida em sociedade, deve ter a preocupação de tratar de forma equânime todos os indivíduos. Assim, partindo de uma análise do direito como fato social, seguindo por uma fundamentação com base em princípios constitucionais da família e do direito homoafetivo, recorrendo a uma digressão filosófica sobre a desconstituição do gênero, concluiremos com a defesa da inexistência de um fundamento lógico-racional que justifique o não reconhecimento jurídico do casamento homoafetivo.

1 Da união homoafetiva como fenômeno juridicamente relevante

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, estabelece que todos são merecedores de igual proteção de sua dignidade pelo simples fato de serem pessoas humanas. A Constituinte de 1988 elevou a dignidade da pessoa humana à condição de princípio fundamental, valor informador de toda ordem jurídica.

A Constituição Federal assegura, já em seu preâmbulo, "o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (...)". O respeito à dignidade da pessoa humana é a base do Estado Democrático de Direito, o pilar que rege todo o sistema jurídico. A fim de se entender o significado para além de qualquer conceituação jurídica, José Afonso da Silva³ explica "A dignidade da pessoa humana não é uma criação constitucional, pois ela é um desses conceitos *a priori*, um dado preexistente a toda experiência especulativa, tal como a própria pessoa humana".

A Dignidade da Pessoa Humana é atribuída a todo indivíduo independente de qualquer circunstância, é valor absoluto. O artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU), de 1948 declara que "todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros em espírito e fraternidade". A Declaração Universal, expressão mais significativa do movimento internacional dos direitos humanos, representa o consenso mínimo a respeito dos requisitos para uma vida digna, inerente ao ser humano.

Na tentativa de definir dignidade humana, em uma "concepção multidimensional", Ingo Wolfgang Sarlet⁴ propôs uma conceituação jurídica:

(...) temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres

³ SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. *Revista de Direito Administrativo*, v. 212, p. 84-94, abr./jun. 1998.

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 73.

humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.

A ideia da existência de um valor intrínseco da pessoa não é recente, e certamente Kant⁵ é um de seus mais bem sucedidos expositores. Ele concebe a dignidade da pessoa como parte da autonomia ética e da natureza racional do ser humano. Para ele, o homem existe como um fim em si mesmo e, portanto, não pode ser tratado como objeto. Não importa que o indivíduo não tenha consciência de sua dignidade, o homem deve ser considerado e respeitado como ser humano. Por sua vez, Habermas⁶ explica que a dignidade humana não é uma propriedade que se pode “possuir” por natureza, como a inteligência ou os olhos azuis. Ela marca, antes, aquela “intangibilidade” que só pode ter um significado nas relações interpessoais de reconhecimento recíproco e no relacionamento igualitário entre as pessoas.

As questões concernentes à orientação sexual relacionam-se de forma estreita com o princípio da dignidade humana. A sexualidade é parte da individualidade, da identidade, da personalidade e deve ser respeitada.

Na lição de Paulo Roberto IottiVecchiatti⁷,

a reprovação do Estado ao amor homoafetivo, o que é incompatível com o direito de respeito à dignidade, necessariamente implica em desrespeito à liberdade de envolvimento afetivo com quem se quiser, sem que isso seja motivo para se menosprezar jurídica ou socialmente.

A sexualidade, aqui compreendida no aspecto da orientação sexual e das condutas sexuais do indivíduo, consubstancia-se como um alicerce essencial para o livre desenvolvimento dessa individualidade e da própria personalidade de cada qual. A relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e a orientação sexual do indivíduo é direta, na medida em que a proteção dos traços formadores de cada pessoa inclui a sua opção sexual, seu respeito e a sua proteção pela sociedade.

A Constituição Federal veda veementemente qualquer tipo de discriminação. De modo expresso, é outorgada específica proteção a todos, vedando-se discriminação e preconceitos por motivo de origem, raça, sexo ou idade. A Carta Magna brasileira tem como núcleo do atual sistema jurídico o respeito à dignidade humana, atentando aos princípios da liberdade e da igualdade. O Conselho de Direitos Humanos da ONU aprovou resolução histórica em 2011, destinada a promover a igualdade dos indivíduos sem distinção da orientação sexual. Foi chamada de Resolução dos “Direitos humanos, orientação sexual e identidade de gênero”. A resolução teve aprovação no Brasil, embora sem demais ações afirmativas. Dispõe que “todos os seres humanos nascem livres e iguais no que diz respeito a sua dignidade e cada um pode se beneficiar do conjunto de direitos e liberdades sem nenhuma distinção”.

Interessante lembrar que foi na II Conferência Internacional de Direitos Humanos (Viena, 1993) a primeira declaração que mencionou a questão sexual. O parágrafo 18

⁵ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Editora Martin Claret, 2004.

⁶ HABERMAS, Jürgen. **O futuro da natureza humana**. Trad. de Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 47.

⁷ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da homoafetividade**: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos. São Paulo: Método, 2008, p. 313, p. 576.

reconheceu que o Estado deve eliminar a “violência baseada no gênero e todas as formas de abuso e exploração sexual”.

A proibição da discriminação sexual alcança a vedação à discriminação da homossexualidade. Uma sociedade que se quer aberta, justa, livre, pluralista, solidária, fraterna e democrática, não pode conviver com tão cruel discriminação, quando a palavra de ordem é a cidadania. Assim, proteger a dignidade da pessoa humana nada mais é do que deferir ao cidadão o direito de ser o que lhe dita sua vontade própria. Nas escorregadas palavras proferidas pelo jurista Rizzatto Nunes⁸, é ela, a dignidade, o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional posto e o último arcabouço da guarida dos direitos individuais. Negar às pessoas do mesmo sexo os direitos civis inerentes aos heterossexuais configura uma forma legalizada de segregação, algo absurdo à luz da Constituição Federal. A finalidade do princípio da dignidade humana é agregar, unir e não criar desigualdades.

Feliz foi a atitude do legislador constituinte ao estabelecer como fundamento da República Federativa do Brasil o princípio da dignidade da pessoa humana, o que refletiu-se diretamente nas questões relativas ao Direito de família. Segundo Angeluci⁹, “pensar na família moderna olvidando o princípio da dignidade da pessoa humana é uma contradição e verdadeira forma de se negar a função primeira da família: o desenvolvimento de cada um de seus membros.” O mesmo autor ressalta a importância do afeto para a realização da dignidade humana, pois é ele que proporciona ao indivíduo a estruturação da sua vida, sendo obtido, primariamente, no seio familiar.

E é nesse sentido que a Constituição Federal privilegia a afetividade como valor jurídico. Também o faz quando declara, por exemplo, a proteção à família monoparental, que afastou da ideia de família o pressuposto de casamento; na mesma linha de raciocínio, igualou os filhos adotivos aos demais, ressaltando a vinculação socioafetiva e não apenas biológica. Para essa nova forma de sensibilidade social, o principal elemento que se deve ter em mente quando da união de duas pessoas é o amor. O amor interessado em formar uma família, em ter uma comunhão plena de vida, de forma pública, duradoura e juridicamente protegida. A Constituição de 1988, ao reconhecer a união estável como entidade familiar, consagrou que o amor entre duas pessoas é o elemento diferenciador na formação da família.

Nesse sentido, Maria Berenice Dias¹⁰ ensina que a compreensão do que constitui a família contemporânea supõe a identificação do elemento que autorize reconhecer a origem do relacionamento das pessoas – elemento este que é o afeto, ou seja, é o envolvimento emocional, que leva a subtrair um relacionamento do campo obrigacional para trazê-lo ao âmbito familiar. E continua:

O desafio hoje é achar o toque identificador das estruturas interpessoais que permita nominá-las como família. Este referencial só pode ser identificado na afetividade. É o envolvimento emocional que leva a subtrair um relacionamento do âmbito do direito obrigacional – cujo núcleo é a vontade – para inseri-lo no direito das famílias, que tem como elemento estruturante o sentimento do amor que funde as almas e confunde patrimônios; gera responsabilidade e

⁸ NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 45.

⁹ ANGELUCI, Cleber Affonso. O valor do afeto para a dignidade humana nas relações de família. *Revista Jurídica*. Porto Alegre, Ano 53, n. 331, p. 75-85 mai./ 2005.

¹⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual do direito das famílias**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005, p. 15-35.

comprometimentos mútuos. Esse é o divisor entre o direito obrigacional e o familiar: os negócios têm por substrato exclusivamente a vontade, enquanto o traço diferenciados do direito de família é o afeto.

O debate mais caloroso quanto à inclusão das uniões afetivas entre pessoas do mesmo sexo no conceito de família gira em torno do art. 226 da Constituição Federal. Se por um lado é certo que não há previsão constitucional expressa nesse sentido, por outro também é correto dizer que é por meio de uma interpretação sistemática (tem como pressuposto a unidade do sistema jurídico) e de uma interpretação teleológica (tem como objetivo investigar o fim colimado pela lei, como elemento fundamental, visando descobrir o sentido e o alcance da mesma) da Constituição que se irá inferir tal conclusão.

De fato, não há no ordenamento jurídico brasileiro um sistema de normas específicas a regular as uniões homoafetivas e os efeitos que dela decorrem. Trata-se, segundo Jenczak¹¹, de “um direito novo a exigir positividade, para o que é indispensável a cooperação interdisciplinar de todos os políticos do Direito”. O autor enfatiza que, a exemplo do que ocorreu em outros países, essa legislação só será formalizada se houver um trabalho interdisciplinar.

Fachin¹², ao discorrer sobre o silêncio do Código Civil de 2002, com relação às uniões homoafetivas e seu caráter excludente, adverte que “os *fora dessa lei* não estão *fora da lei* quando é de outra lei que se trata”, ensejando uma remissão à Constituição Federal. Diante da ausência de norma especial reguladora, sobressai uma corrente doutrinária que defende a inclusão das uniões homoafetivas dentro do conceito de entidade familiar por meio da analogia ao instituto da união estável, prevista no art. 226, §3º da Constituição Federal.

No Supremo Tribunal Federal, em 2003 o Ministro Marco Aurélio¹³ demonstrou possuir igual entendimento:

Constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (inciso IV do artigo 3º da Carta Federal). Vale dizer, impossível é interpretar o arcabouço normativo de maneira a chegar-se a enfoque que contrarie esse princípio basilar, agasalhando-se preconceito constitucionalmente vedado. (...) ressaltando o Juízo a inviabilidade de adotar-se interpretação isolada em relação ao artigo 226, § 3º, também do Diploma Maior, no que revela o reconhecimento da união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar. Considerou-se, mais, a impossibilidade de, à luz do artigo 5º da Lei Máxima, distinguir-se ante a opção sexual.

Observe-se que a Lei n. 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, inseriu no sistema jurídico as uniões homoafetivas como entidade familiar.

Art. 5º - Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause

¹¹ JENCZAK, Dionísio. ANDRADE, Paulo Henrique Horn. **Aspectos das relações homoafetivas à luz dos princípios constitucionais**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p.103.

¹² FACHIN, Luiz Edson. Direito além do novo Código Civil: novas situações sociais, filiação e família. In: **Direito de família contemporâneo e os novos direitos**. Coord. OLMO, Florisbal de Souza Del’, ARAÚJO, Luís Ivani de Amorim. Col. MATTOS, Adherbal Meira, [et al.]. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 63-92.

¹³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Decisão monocrática Ministro Marco Aurélio Mello**. Petição nº 1.984-9. Proced. Rio Grande do Sul. Julgado em 10 fev. 2003. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/sf/senado/advocacia/pdf/Par05-272.pdf>>. Acesso em: 2 dez. 2010.

morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas; II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa; III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação. Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

Está explícito no parágrafo único acima citado que as relações pessoais de toda mulher independem de orientação sexual. Considerando que, para efeitos da lei, violência doméstica é toda aquela que ocorre contra mulher no âmbito familiar, entende-se que as uniões homoafetivas estão inseridas no conceito de entidade familiar. Nesse sentido, a Lei Maria da Penha reconheceu e introduziu o conceito de família às uniões entre pessoas do mesmo sexo. Interessante ressaltar que se reconheceu a união afetiva dentro de um lar entre duas mulheres, a interpretação também deve se feita a “contrario sensu”. Frente ao princípio constitucional da Igualdade e em uma interpretação lógico-razional, deve ser reconhecida como família também a união entre dois homens que convivam com o objetivo de vida em comum.

Em decisão inovadora, os ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) julgaram a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, que debatia o reconhecimento da união estável para casais do mesmo sexo. Decidiram por unanimidade ser expressamente vedado qualquer tipo de discriminação em virtude de sexo, raça, cor e que, nesse sentido, ninguém pode ser diminuído ou discriminado em função de sua preferência sexual (art. 3º, IV, da Constituição Federal).

Reconheceu que o artigo 1723 do Código Civil Brasileiro, que trata da união estável, deve ser aplicado conjuntamente ao parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição Federal. Assim, estendeu os efeitos desta união estável aos casais do mesmo sexo. O Ministro Relator Carlos Ayres Britto fundamentou seu voto em uma série de argumentos que tinham como base a compreensão da noção de isonomia como reconhecimento da união homoafetiva e o entendimento da família como uma entidade fundada no afeto e no companheirismo.

A ideia de que o princípio da igualdade requer a equiparação entre uniões homossexuais e heterossexuais serviu como fundamento para duas linhas de argumentação. A noção de isonomia constitucional foi utilizada pelo ministro relator para afirmar que o tratamento desigual dos casais homossexuais constitui uma forma de discriminação sexual. O tratamento arbitrário dos casais homossexuais pode ser classificado como um tipo de discriminação sexual: ele tem como objeto o sexo do parceiro escolhido. Eles não sofreriam esse tipo de discriminação se construíssem relacionamentos com pessoas do sexo oposto. O ministro relator mencionou a norma constitucional que proíbe a discriminação baseada no sexo das pessoas para rejeitar o argumento segundo o qual a união estável é uma instituição inerente heterossexual¹⁴.

¹⁴BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. ADPF n.º 132 e ADIN n.º 4277. Relator Ministro Carlos Ayres Brito. Julgado em 12/05/2011. Disponível em www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277.pdf. Acesso em: 24 jan. 2012.

O Ministro Luiz Fux¹⁵, segundo a votar no julgamento, ressaltou que as uniões homoafetivas estáveis em nada se diferem das uniões estáveis entre homem e mulher, considerando-as entidades familiares simétricas, afirmando que se incluem no conceito constitucional de família e que as distinções entre as uniões heterossexuais e homossexuais não resistiriam ao teste da isonomia.

Todos os Ministros votantes no julgamento manifestaram-se pela procedência das respectivas ações constitucionais. Reconheceram a união homoafetiva como entidade familiar e aplicaram à mesma o regime concernente à união estável entre homem e mulher, regulada no art. 1.723 do Código Civil brasileiro. A Suprema Corte decidiu de forma coesa e homogênea, decidiu de forma brilhante.

A respeito da decisão do Egrégio Tribunal, Enézio de Deus Silva Júnior¹⁶ salienta:

O que se descortina em matéria de reconhecimento do AMOR em face do Poder Judiciário brasileiro, a partir desta decisão do Supremo, aponta a direção mais bonita: a que independe de qualquer condição para que tal sentimento seja, efetivamente, atestado em toda sua inteireza e nas implicações que traz na vida relacional-familiar das pessoas - para além de cor, sexo, orientação afetivo-sexual, nuances de gênero... Conjugar, no exercício da existência concreta, o verbo AMAR persistirá justificando a formação de uma família, qualquer que seja essa. Realmente, para enxergar a família, é preciso enxergar o amor. Se não se identifica afeto, não se vê família. Por isso, continuo ratificando e ecoando o cançãoeiro: "Eu vejo a vida melhor no futuro. Eu vejo isso por cima do muro de hipocrisia que insiste em nos rodear".

Do ponto de vista de Mariana Chaves¹⁷: "Com o julgamento – e como restou evidenciado em cada voto – a Suprema Corte espancou a intolerância e o preconceito, fazendo valer o verdadeiro Estado Democrático de Direito".

2 Desconstrução do gênero e homoafetividade

Teorias filosóficas, antropológicas, históricas e psicológicas recentes problematizam e desestabilizam as evidências tradicionais sobre as quais se assentava nossa compreensão acerca das relações entre sexo e gênero. Os argumentos produzidos nessa seara aportam contribuições relevantes para o tratamento jurídico do tema dessa dissertação, assim como para orientação da hermenêutica jurídica e da atividade jurisdicional.

Foi no contexto do feminismo, que o termo "gênero" surgiu como categoria de análise das diferenças entre homens e mulheres. Na década de 70, a distinção entre sexo e gênero foi fundamental para refutar o determinismo biológico como justificativa para as desigualdades sociais entre mulheres e homens. A partir do gênero, as feministas pretendiam evidenciar que as distinções entre o masculino e o feminino não eram reais, isto é, eram mascaradas pela própria estrutura social. Por outro lado, queriam

¹⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. ADPF n.º 132 e ADIN n.º 4277. Relator Ministro Carlos Ayres Brito. Julgado em 12/05/2011. Disponível em www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277.pdf. Acesso em: 24 jan. 2012.

¹⁶ JUNIO, Enezio de Deus da Silva. Amor e família homossexual: o fim da invisibilidade através da decisão do STF. Disponível em: www.ibdfam.org.br. Acesso em: 02 mar. 2012.

¹⁷ CHAVES, Mariana. O julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277 e seus reflexos na seara do casamento civil. Disponível em: <http://www.jusnavegandi.com.br>. Acesso em: 02 dez. 2011.

demonstrar que o termo “sexo” remetia à condição biológica, natural do ser humano, o que reforçava a naturalização das desigualdades entre homens e mulheres.

A importância dos avanços nos estudos de gênero foi, sem dúvida, fundamental para solidificar a ideia de que as diferenças biológicas entre os sexos não são responsáveis pelas desigualdades entre homens e mulheres. Constatar que essas diferenças são, na verdade, construções sociais legitimadas por uma sociedade patriarcal é uma contribuição fundamental dada pelos estudos de gênero e pelo movimento feminista¹⁸. Gênero se constitui com e/ou em corpos sexuados, ou seja, não é negada a biologia, mas é a construção histórica produzida sobre as características biológicas. É a construção social de cada sexo. Louro¹⁹ ressalta que “esse conceito serve, assim, como uma ferramenta analítica que é, ao mesmo tempo, uma ferramenta política”.

Uma das principais filósofas contemporânea, Judith Butler²⁰ formula sua teoria questionando o já consagrado conceito de que sexo é natural, biológico e o gênero construído socialmente, integrando significados culturais assumidos pelo corpo sexuado. Com essa premissa, desconstrói a divisão sexo/gênero, conceito no qual a teoria feminista está baseada.

A princípio, as teorias feministas se fundamentavam na ideia de gênero como diferente da ideia de sexo para defender perspectivas “desnaturalizadoras” sob as quais se dava, consensualmente, a associação do feminino à fragilidade ou submissão. Butler²¹ teoriza, questiona justamente o fundamento das teorias feministas. Ao afastar da noção de gênero a ideia de que ele decorreria do sexo, discute em que medida a distinção entre ambos seria arbitrária. Quando a autora diz que seria possível que o sexo sempre tenha sido o gênero, de maneira que, assim, inexistiria a distinção entre sexo e gênero, sugere que o sexo não é natural, mas discursivo e cultural tal qual o gênero.

Assim, sendo o sexo socialmente e historicamente construído tanto quanto o gênero, deixa o gênero de ser entendido como a interpretação cultural do sexo e o sexo deixa de ser uma construção do domínio pré-discursivo. Por consequência, independente do sexo, o gênero se torna um “artifício flutuante”, com a consequência de que “homem” e “masculino” podem significar tanto um corpo feminino quanto um masculino.

Butler²² propõe o que ficou sendo chamado como “teoria performática”. De acordo com esta teoria, a “performatividade” do gênero é um efeito discursivo, e o sexo é um efeito do gênero. Para chegar a esta questão, a autora pergunta: “O que é o sexo?” E continua perguntando:

É ele natural, anatômico, cromossômico ou hormonal, e como deve a crítica feminista avaliar os discursos científicos que alegam estabelecer tais “fatos” para nós? Teria o sexo uma história? Possuiria cada sexo uma história ou histórias diferentes? Haveria uma história como se estabeleceu a dualidade do sexo, uma genealogia capaz de expor as opções binárias como uma construção variável? Seriam os fatos ostensivamente naturais do sexo produzidos discursivamente por vários discursos científicos a serviço de outros interesses políticos e sociais? Se o caráter imutável do sexo é contestável, talvez o próprio construto chamado “sexo” seja tão culturalmente construído quanto o gênero;

¹⁸ LOURO, Guacira Lopes. **Gênero, sexualidade e educação**. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 20.

¹⁹ Ibidem, p. 21.

²⁰ BUTLER, Judith. **Problemas de gênero**. Feminismo e subversão da identidade. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010, p. 21.

²¹ Idem, p. 24.

²² Idem, p. 25.

a rigor, talvez o sexo sempre tenha sido o gênero, de tal forma que a distinção entre sexo e gênero revela-se absolutamente nenhuma.

Ao desconstruir o caráter imutável do sexo, chama atenção para que assim como gênero, o sexo também seja percebido como algo construído. O gênero não deve ser meramente concebido como a inscrição cultural de significado num sexo previamente dado, tem de designar também o aparato mesmo de produção, mediante o qual os próprios sexos são estabelecidos.

Partindo da afirmação de Simone de Beauvoir "A gente não nasce mulher, torna-se mulher", Butler²³ disserta a esse respeito explicando que não há nada na definição de Beauvoir que garanta que o 'ser' que se torna mulher seja, necessariamente, uma fêmea. Na maioria das teorias feministas o sexo é aceito como substância, como aquilo que é idêntico a si mesmo, e o gênero enquanto "atributo" de pessoa. Na verdade gênero configuraria um fenômeno inconstante e contextual, não podendo denotar um ser substantivo, mas sim "um ponto relativo de convergência entre conjuntos específicos de relações, cultural e historicamente convergentes" ²⁴.

Na tentativa de "desnaturalizar" o gênero, Butler propunha libertá-lo daquilo que ela chama - em uma referência a Nietzsche - de metafísica da substância. Seria uma armadilha, construindo ilusões do ser e da substância "promovidas pela crença em que a formulação gramatical de sujeito e predicado reflete uma realidade ontológica anterior, de substância e atributo" ²⁵. Para a autora, a crítica à metafísica da substância implicaria necessariamente em uma crítica da própria noção de pessoa psicológica como "coisa substantiva".

Com base nisso a autora não considera gênero como um substantivo, tampouco um conjunto de atributos flutuantes. Opondo-se à metafísica da substância, Butler afirma que a identidade é *performativamente* constituída, de modo que não existe uma identidade de gênero definidora de expressões de gênero, uma vez que estas a constituem. Ao fazer a afirmação de que não há identidade de gênero por trás das expressões do gênero, Butler²⁶ dialoga com a afirmação de Nietzsche, no livro *A genealogia da moral*, de que "não há 'ser' por trás do fazer, do realizar e do tornar-se; o 'fazedor' é uma mera ficção acrescentada à obra – a obra é tudo".

Na mesma linha de pensamento de Butler, sendo a identidade performativamente constituída, um "ser" homem não é necessariamente um "gênero" masculino. Ela estaria tentando deslocar o feminismo do campo do humanismo, como prática política que pressupõe que o sujeito possua uma identidade fixa, para um espaço tal que permita deixar em aberto a questão da identidade, algo que não organize a pluralidade. Desafiar as fronteiras tradicionais de gênero e sexuais, pondo em xeque as dicotomias masculino/feminino, homem/mulher, heterossexual/homossexual, pode ser a base para sustentação de que hétero ou homo, todos são pessoas, seres humanos que merecem o mesmo tratamento, que possuem os mesmos direitos.

²³ BUTLER. *Op. Cit.*, p. 26.

²⁴ *Idem*, p. 29.

²⁵ *Idem*, p. 42.

²⁶ *Idem*, p. 48.

Assim sendo, estão sob o manto do princípio da dignidade da pessoa humana, que envolve o conjunto indissociável formado pela integridade física e psíquica em suas múltiplas manifestações. Na lição do Prof. Oscar Vilhena Vieira²⁷

(...) seria mais correto dizer que o papel fundamental da razão é habilitar o ser humano a construir parâmetros morais, como a concepção de que as pessoas devem ser tratadas com dignidade, pelo simples fato de serem pessoas; de que não podem ser tratadas como meios ou meros anseios instrumentos na realização de nossos desejos, mas que têm desejos e anseios próprios, que devem ser respeitados.

A dignidade é um valor inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas.

O fato de que os valores de organização de nossa sociedade são frutos da “heteronormatividade”, isto é, só podem ser consideradas como normais as relações entre pessoas de sexos opostos, leva à exclusão de que parcelas significativas de pessoas que interagem de forma diferente são anormais e, portanto, menos dignas de proteção.

A divisão sexo/gênero funciona como uma espécie de pilar fundacional da política feminista. A desconstrução da concepção de gênero seria o desmonte de uma equação na qual o gênero seria concebido como o sentido, a essência, a substância, categorias que só funcionariam dentro da metafísica. O principal questionamento decorre da premissa na qual se origina a distinção sexo/gênero: sexo é natural e gênero é construído.

Com base na teoria da desconstrução do gênero de Judith Butler, foi proposto um novo olhar sobre o binário sexo/gênero. Gênero passa a ser visto como uma categoria de análise a partir da proposta de um pensamento abrangente, longe dos argumentos biológicos e culturais da desigualdade, os quais sempre têm o masculino como ponto referencial.

Considerar as relações de gênero de forma ampla permite compreender e incluir diversas maneiras de se viver as feminilidades e as masculinidades socialmente construídas. Isso sem transgressões, sem preconceitos.

Conforme preconizam Rogério Moraes Sikora e Rosângela Angelin²⁸:

É evidente e necessário que o Direito e o Estado se ocupem com mais cuidado com as relações de gênero, buscando cumprir sua função de regular a vida dos seres humanos com igualdade e justiça para promover um Estado Democrático de Direito. Para que isso ocorra, é preciso conhecer melhor os seres humanos e as relações de poder que perpassam na sociedade, assim como seus efeitos jurídicos que contribuem para promover ou não a equidade.

3 O casamento civil homoafetivo e o princípio da dignidade da pessoa humana

Historicamente, no Brasil, o modelo de família adotado pela lei é conservador. A família é uma entidade matrimonial e heterossexual. Hodiernamente, a rapidez das

²⁷ VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais**: uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 67.

²⁸ SIKORA, Rogério Moraes. ANGELIN, Rosângela. Relações de gênero e dignidade da pessoa humana no estado democrático de direito: encontros e desencontros na promoção da equidade de gênero. *Revista Direitos Culturais*, Santo Ângelo, v. 5, n. 9, p. 35-48, 2010.

mudanças nos usos e costumes tornou a realidade bem diferente. Surgiram novas formas de família e o conceito tradicional ficou ultrapassado. O afeto passa a ser considerado fator essencial para o viver quando se trata da união entre duas pessoas.

A Constituição da República de 1988 elenca, claramente, como entidades familiares, o casamento, a união estável e a família monoparental. No entanto, a interpretação constitucional acerca do pluralismo familiar leva a crer que existem outras entidades familiares, além daquelas expressamente indicadas no dispositivo constitucional, até mesmo porque o rol da previsão constitucional não é taxativo. Assim, o conceito de família é plural e abrange as entidades familiares especificadas no artigo 226 da Constituição da República, bem como todas aquelas que possuam um vínculo afetivo e busquem objetivos de vida comuns. Observa-se, portanto, que quando se menciona a família, igualmente se refere a vínculo afetivo entre os seus membros.

Nesse sentido, nossa Magna Carta tutela a entidade familiar, que tem “especial proteção do Estado” (artigo 226). E continua ao destacar que “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento” (artigo 226, § 3º). Da mesma forma, é certo que o Código Civil vigente, ao definir o conceito de união estável (artigo 1723) cuidou de simplesmente repetir o quanto já havia na Constituição Federal, expressamente constando ser “reconhecida como entidade familiar a união estável entre homem e mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”. E, na sequência, que “A união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil” (art. 1726 CC).

Em uma interpretação literal, poderíamos entender que o legislador estaria tacitamente excluindo os homossexuais de tal situação, visto que a união estável apenas poderia ser reconhecida entre “o homem e a mulher”. Entretanto, com base na jurisprudência reinante e na recente decisão do Supremo Tribunal Federal, é certo o reconhecimento jurídico da união estável homoafetiva.

Foi justamente o artigo 1723 do Código Civil, que repete o quanto já estava na Constituição Federal em relação ao requisito da união estável quanto ao sexo, que foi alvo de ação direta de inconstitucionalidade junto ao Supremo Tribunal Federal (ADPF n.º 132 e da ADIN n.º 4277). No referido julgamento, o Ministro Ricardo Lewandowski²⁹ entendeu como modalidade de família a união homoafetiva estável e estabeleceu que devesse ter os mesmos direitos da união estável heteroafetiva, no que fosse compatível:

Dito de outro modo, não é dado ao intérprete constitucional, a pretexto de ausência de previsão normativa, deixar de dar solução aos problemas que emergem da realidade fenomênica, sob pena, inclusive, em nosso caso, de negar vigência ao disposto no art. 5º XXXV, da Lei Maior. Convém esclarecer que não se dá, aqui, a reconhecer uma união estável homoafetiva, por interpretação extensiva do § 3º do art. 226, mas uma união homoafetiva estável, mediante um processo de integração analógica. Quer dizer, desvela-se, por esse método, outra espécie de entidade familiar, que se coloca ao lado daquelas formadas pelo casamento, pela união estável entre um homem e uma mulher e por qualquer dos pais e seus descendentes, explicitadas no texto constitucional. Cuida-se, enfim, a meu juízo, de uma entidade familiar que, embora não esteja expressamente prevista na precisa ter sua existência reconhecida pelo Direito, tendo em conta a existência de uma lacuna legal

²⁹ SIKORA. *Op. Cit.*

que impede que o Estado, exercendo o indeclinável papel de protetor aos grupos minoritários, coloque sob seu amparo as relações afetivas públicas e duradouras que se formam entre pessoas do mesmo sexo. Em suma, reconhecida a união homoafetiva como entidade familiar aplicam-se a ela as regras do instituto que lhe é mais próximo, qual seja, a união estável heterossexual, mas apenas nos aspectos em que são assemelhados, descartando-se aqueles que são próprios da relação entre pessoas de sexo distinto, segundo a máxima *ubi eadem ratio ibi idem jus*, que fundamenta o emprego da analogia no âmbito jurídico. Isso posto, pelo meu voto, julgo procedente as presentes ações diretas de inconstitucionalidade para eu sejam aplicadas às uniões homoafetivas, caracterizadas como entidades familiares, as prescrições legais relativas às uniões estáveis heterossexuais, excluídas aquelas que exijam a diversidade de sexo para o seu exercício, até que sobrevenham disposições normativas específicas que regulem tais relações.

Ainda que implicitamente o Supremo Tribunal Federal acabou por compatibilizar a aparente contradição que haveria entre os artigos 5º e 226, ambos da Constituição Federal, no que se refere a dignidade da pessoa humana e o impedimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo.

Segundo Paulo Roberto Iotti Vecchiatti³⁰:

O Supremo Tribunal Federal conferiu uma interpretação sistemático-teleológica ao art. 226, §3º, da CF/88 de sorte a compatibilizar o referido dispositivo constitucional com os princípios da igualdade, da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da segurança jurídica, reconhecendo que a redação normativa segundo a qual *“Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar...”* não traz em si um óbice ao reconhecimento da união estável homoafetiva.

De sorte dessas premissas, concluímos que a diversidade de sexo não é requisito essencial para o reconhecimento da união estável. Sendo assim, é certo que julgadores não podem divergir de suas próprias ideias. Na medida em que já reconheceram a possibilidade jurídica da união estável homossexual não faz sentido não reconhecerem a possibilidade do casamento homossexual, pois tanto a redação legal como a constitucional são idênticas ao elencar “homem e mulher”. Ademais, como leciona Eros Roberto Grau³¹, “a interpretação do direito é interpretação do direito, no seu todo, não de textos isolados, desprendidos do direito. Não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços. A interpretação de qualquer texto de direito impõe ao intérprete, sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dele - do texto - até a Constituição”.

José Reinaldo de Lima Lopes³² assevera: “[...] Obviamente, que em considerando o princípio da unidade da constituição, não seria possível fazer esta extensão se houvesse

³⁰ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. O STF e a união estável homoafetiva resposta aos críticos, primeiras impressões, agradecimentos e a consagração da homoafetividade no direito das famílias. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.32025>> Acesso em: 14 fev. 2012.

³¹ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2005, pág. 44.

³² LOPES, José Reinaldo de Lima. O direito ao reconhecimento para gays e lésbicas. In: GOLIN, Célio; POCAHY, Fernando Altair; RIOS, Roger Raupp (Orgs.). **A justiça e os direitos de gays e lésbicas: jurisprudência comentada**. Porto Alegre: Sulina, 2003, p. 128.

norma excluindo expressamente os casais homossexuais da união estável”. Significa dizer que quando se interpretar uma norma da Carta Magna deve-se levar em conta as demais regras que a rodeiam. De tal forma, é que o art. 226, §3º da Lei Maior jamais está excluindo as uniões homoafetivas. Dessa forma, também não exclui o casamento civil homoafetivo. Além do mais, não existe nada na Constituição Federal brasileira sobre a necessidade de diversidade de sexo para que seja possível a realização do casamento.

Partindo da premissa que a união homoafetiva é uma família constitucionalmente reconhecida, e o casamento civil e a união estável regimes jurídicos destinados a proteger a família, logo a ela deve ser garantido tanto o direito a união estável como o direito ao casamento civil. Não faz sentido jurídico nenhum dizer que a união homoafetiva é família e constitui uma união estável constitucionalmente protegida, mas não poderia ser consagrada pelo casamento civil.

Ademais, em várias cidades brasileiras o judiciário já autorizou a conversão de união estável em casamento, sendo estas registradas no respectivo Cartório de Registro Civil, exatamente como acontece com as uniões entre casais heterossexuais. A primeira decisão³³ autorizando a conversão foi dada no dia 27 de junho de 2011, em Jacareí, Estado de São Paulo, pelo juiz Corregedor da 2ª Vara da Família e Sucessões, Dr. Fernando Henrique Pinto, que enfatizou:

Tal julgamento (STF, ADPF n.º 132 e da ADIN n.º 4277), nos termos do art. 102, § 2º, da Constituição Federal, possui "eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. No caso concreto, aplica-se a conhecida fórmula jurídica romana, segundo a qual "onde há a mesma razão, aplica-se o mesmo direito" ("ubi eadem ratio, ibi idem jus"). Desta forma, os fundamentos de tal julgamento, ainda que sem o dito efeito vinculante, certamente são aplicáveis ao instituto de direito civil denominado casamento, inclusive ao mencionado art. 226, § 5º, da Constituição Federal - o que apenas não foi declarado no mencionado precedente histórico do STF, provavelmente porque não era objeto dos pedidos das ações em análise.

Em consequência dessa decisão, em várias outras cidades casais homoafetivos também conseguiram ter seu direito reconhecido, conseguiram realizar a conversão da união estável em matrimônio. É possível citar, só no Estado de São Paulo: Votuporanga, Bragança Paulista, Cajamar, Jardinópolis, Itapetininga, Hortolândia, Franco da Rocha, Porto Feliz, dentre outras.

O problema ocorre que na ausência de norma que regule tal conversão em casamento, os casais homossexuais ficam a mercê da decisão dos juízes de sua cidade, que muitas vezes não têm preparo para lidar com questões afetas à sexualidade. Infelizmente, nem todos os julgadores consideram que consagrar a união estável homoafetiva significa possibilitar sua conversão em casamento. O que acabada por traduzir em uma terrível injustiça, pois em algumas comarcas realiza-se o casamento e em outras não. Ou seja, os cidadãos homossexuais são dignos de tutela de seus direitos de acordo com a ideologia do judiciário reinante no momento. Verdadeiro absurdo constitucional.

³³ Íntegra da Decisão que autorizou o primeiro casamento homossexual no Brasil. Disponível em: <http://www.arpensp.org.br/principal/index.cfm?tipo_layout=SISTEMA&url=noticia_mostrar.cfm&id=13936> Acesso em: 03 ago.2011.

Por fim, necessário destacar a decisão do Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1.183.378 - RS (2010/0036663-8), que reconheceu a possibilidade jurídica do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo. Quatro dos cinco ministros da quarta turma do Tribunal decidiram autorizar o casamento de um casal de gaúchas que vivem juntas há cinco anos e desejam o matrimônio civil. O STJ deu provimento ao recurso especial para afastar o óbice relativo à diversidade de sexos e para determinar o prosseguimento do processo de habilitação de casamento. De acordo com o Ministro Relator Luis Felipe Salomão³⁴,

Na medida em que a própria Constituição Federal abandona a fórmula vinculativa da família ao casamento, e passa a reconhecer, exemplificadamente, vários tipos interpessoais aptos à constituição de família, emerge como corolário que, em alguma medida, torna-se secundário o interesse da Carta Cidadã pelo modo a partir do qual essas famílias são constituídas em seu íntimo, em sua inviolável vida privada, se são constituídas por pessoas heteroafetivas ou homoafetivas. O mais importante, não há dúvida quanto a isso, é como esse arranjo familiar pode ser especialmente protegido pelo Estado e, evidentemente, o vínculo que maior segurança jurídica confere às famílias é o casamento civil. Essa, segundo parece, deve ser exatamente a interpretação conferida ao art. 226, § 3º, da Constituição Federal, quando prevê a facilitação da conversão da união estável em casamento. (...) O que importa agora, expressa a Constituição Brasileira de 1988, é que essas famílias multiformes recebam efetivamente a "especial proteção do Estado", e é tão somente em razão desse desígnio de especial proteção que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento, ciente o constituinte que, pelo casamento, o Estado melhor protege esse núcleo doméstico chamado família.

O STJ deu mais um passo histórico para a consagração dos Princípios da Igualdade e da Dignidade da Pessoa Humana perante os direitos homoafetivos. Apesar de não ter caráter vinculante como a decisão do STF, cria jurisprudência a favor de todos os casais homossexuais. Conforme enfatizou o Ministro Marco Buzzi,³⁵ a união homoafetiva é reconhecida como família. Se o fundamento de existência das normas de família consiste precisamente em gerar proteção jurídica ao núcleo familiar, e se o casamento é o principal instrumento para essa opção, seria despropositado concluir que esse elemento não pode alcançar os casais homoafetivos. Segundo ele, tolerância e preconceito não se mostram admissíveis no atual estágio do desenvolvimento humano.

Se reconhecido que as relações homossexuais são dotadas de afeto, publicidade e estabilidade, porque o casamento civil deve ser um direito garantido apenas aos casais heterossexuais? Casamento é o vínculo que maior segurança jurídica confere à família e o Estado tem o dever de assegurá-lo a todos os cidadãos, indistintamente. Não pode se eximir da aplicação dos princípios sobre os quais se fundamenta a Constituição. Se a partir dos princípios constitucionais os homossexuais têm garantido a proteção de sua afetividade, não existe fundamento para excluí-los da garantia do matrimônio.

Considerar simplesmente que não podem se casar não é apenas inconstitucional, é uma grave violação aos direitos humanos, direito supraconstitucional. Além do mais,

³⁴BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma. Recurso Especial nº 1.183.378. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Julgado em: 20 out. 2011. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/download.wsp?tmp.arquivo>. Acesso em: 18 mar. 2012.

³⁵ *Idem*.

viola também a idéia de integridade do direito³⁶, na medida em que retorna a entendimentos pretéritos, como a teoria do casamento inexistente, para fundamentar situações jurídicas presentes, portanto sem considerar a atual realidade social.

Importante frisar que o casamento homoafetivo já se encontra garantido no atual sistema jurídico brasileiro, com fundamento nos princípios reiteradamente elencados ao longo deste trabalho, ou seja, princípios da igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana, frente à repersonalização do direito de família. Negar este entendimento é negar a existência de preceitos constitucionais fundamentais. Entretanto, não podemos deixar de considerar que a consolidação das interpretações constitucionais elencadas e a regulamentação legislativa facilitariam muito a vida dos casais homoafetivos. O que é inaceitável é a justificativa da falta de embasamento jurídico para garantia e satisfação dos direitos homossexuais.

Considerações finais

Ao longo de todo trabalho demonstrou-se o dogmatismo redundante em negar a possibilidade do casamento civil homoafetivo. Sem base constitucional e social, a manutenção deste entendimento jurídico viola amplamente os direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal de 1988. A partir do novo conceito de família, em que se reconheceu que o amor entre as pessoas é o elemento diferenciador na formação da família, pessoas do mesmo sexo, que convivem em parcerias contínuas e duradouras, caracterizadas pelo afeto e pelo projeto de vida em comum, desejam o reconhecimento de sua união e dos direitos que dela decorrem, incluindo o casamento civil.

Nesse contexto, a aplicação dos princípios constitucionais, principalmente do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, fortalece os argumentos favoráveis à consolidação da família homoafetiva. As normas constitucionais que consagram o direito à igualdade proíbem discriminar a conduta no que diz respeito à inclinação sexual. Sendo assim, não há fator válido de discriminação que leve ao não reconhecimento do direito pleno à orientação sexual e por consequência do casamento civil homoafetivo.

Com base em um estudo realizado tendo como fundamento a teoria da desconstrução do gênero, da filósofa americana Judith Butler, sedimentou-se o entendimento de que todos nascem com um sexo anatômico, mas o sexo não causa o gênero, pois este é uma experiência vivida, decorre de construções culturais, sociais e históricas. Assim, reconhecer a possibilidade do casamento civil homoafetivo não diz respeito apenas a reconhecer os direitos dos indivíduos em particular, que com ele terão seus direitos garantidos, significa reconhecer o próprio direito a casais homossexuais de serem tratados com igual consideração pelo ordenamento jurídico. Significa também assegurar aos casais homossexuais o próprio direito de serem tratados pelo ordenamento jurídico com igual consideração que os demais cidadãos.

Nesse diapasão, o acesso ao casamento por pessoas do mesmo sexo permite a esses cidadãos o exercício de seus direitos individuais e ao mesmo tempo o respeito público como sujeitos iguais no forma de proteção jurídica de seu afeto. Garante o exercício de sua autonomia pública e privada, de sua liberdade e igualdade, do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

O reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal da união estável homoafetiva como digna de tutela, como família constitucionalmente protegida, é um grande avanço,

³⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 274.

porém, não suficiente. A discussão sobre igualdade, liberdade e dignidade não se restringe ao tratamento igualitário atinente às consequências jurídicas do casamento, mas à própria concretização do direito de se casar. É evidente a possibilidade jurídica do casamento civil homoafetivo, principalmente face ao Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana.

Por fim, podemos concluir que não existem argumentos para manutenção do monopólio do casamento heterossexual. No atual paradigma de Estado Democrático de Direito a releitura dos princípios constitucionais, com especial atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana, é essencial para a consolidação do direito ao casamento civil homoafetivo.

Referências

ANGELUCI, Cleber Affonso. O valor do afeto para a dignidade humana nas relações de família. *Revista Jurídica*. Porto Alegre, Ano 53, n. 331, p. 75-85 mai. 2005.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Decisão monocrática Ministro Marco Aurélio Mello. Petição nº 1.984-9. Proced. Rio Grande do Sul. Julgado em 10 fev. 2003. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/sf/senado/advocacia/pdf/Par05-272.pdf>>. Acesso em: 02 dez. 2010.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. ADPF nº 132 e ADIN nº 4277. Relator Ministro Carlos Ayres Brito. Julgado em 12 mai. 2011. Disponível em www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277.pdf. Acesso em: 24 jan. 2012.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma. Recurso especial nº 1.183.378. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Julgado em: 20 out. 2011. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/download.wsp?tmp.arquivo>. Acesso em: 18 mar. 2012.

BUTLER, Judith. **Problemas de gênero**. Feminismo e subversão da identidade. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010, p. 21.

CHAVES, Mariana. O julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277 e seus reflexos na seara do casamento civil. Disponível em: <<http://www.jusnavegandi.com.br>>. Acesso em: 02 dez. 2011.

DIAS, Maria Berenice. **Manual do direito das famílias**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005, p. 15-35.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 274.

FACHIN, Luiz Edson. Direito além do novo Código Civil: novas situações sociais, filiação e família. In: **Direito de família contemporâneo e os novos direitos**. Coord. OLMO, Florisbal de Souza Del', ARAÚJO, Luís Ivani de Amorim. Col. MATTOS, Adherbal Meira, [et al.]. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 63-92.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2005, pág. 44.

HABERMAS, Jürgen. **O futuro da natureza humana**. Trad. de Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 47.

Íntegra da decisão que autorizou o primeiro casamento homossexual no Brasil. Disponível em: http://www.arpensp.org.br/principal/index.cfm?tipo_layout=SISTEMA&url=noticia_mostrar.cfm&id=13936>. Acesso em: 03 ago. 2011.

JENCZAK, Dionísio. ANDRADE, Paulo Henrique Horn. **Aspectos das Relações Homoafetivas à Luz dos Princípios Constitucionais**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p.103.

JUNIO, Enezio de Deus da Silva. Amor e família homossexual: o fim da invisibilidade através da decisão do STF. Disponível em: www.ibdfam.org.br. Acesso em: 02 mar. 2012.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Editora Martin Claret, 2004.

LOPES, José Reinaldo de Lima. O direito ao reconhecimento para gays e lésbicas. In: GOLIN, Célio; POCAHY, Fernando Altair; RIOS, Roger Raupp (orgs.). **A justiça e os direitos de gays e lésbicas: jurisprudência comentada**. Porto Alegre: Sulina, 2003, p. 128.

LOURO, Guacira Lopes. **Gênero, sexualidade e educação**. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 20.

NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 45.

RIOS, Roger Raupp. Direitos fundamentais e orientação sexual: o direito brasileiro e a homossexualidade. *Revista CEJ do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal*. Brasília, n. 6, dez. 1998.

_____. O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 73.

SIKORA, Rogério Moraes. ANGELIN, Rosângela. Relações de gênero e dignidade da pessoa humana no estado democrático de direito: encontros e desencontros na promoção da equidade de gênero. *Revista Direitos Culturais*, Santo Ângelo, v. 5, n. 9, p. 35-48, 2010.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. *Revista de Direito Administrativo*, v. 212, p. 84-94, abr./jun. 1998.

SILVA JUNIOR, Enésio de Deus. Família homoafetiva. Disponível em: <<http://www.arpensp.org.br>>. Acesso em: 17 fev. 12.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos**. São Paulo: Método, 2008, p. 576, p. 313.

_____. O STF e a união estável homoafetiva resposta aos críticos, primeiras impressões, agradecimentos e a consagração da homoafetividade no direito das famílias. Disponível

em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.32025>>. Acesso em: 14 fev. 2012.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 67.

Recebido em: 10 de maio de 2012

Aceito em: 13 de junho de 2013